

RECHTSANWALT
DR. GERHARD BRANDL
9020 Klagenfurt, Kardinalschütt 7
Telefon: (0463) 55 5 77, Fax: (0463) 50 21 91
e-mail: dr.brandl@utanet.at
neue E-mailadresse: rechtsanwalt@kanzlei-brandl.at

per WEB-ERV

Landesgericht Klagenfurt

Dobernigstraße 2

9020 Klagenfurt am Wörthersee

GZ: 21Cg 34/12b

KLAGENDE PARTEI:

[REDACTED]

vertreten durch:

Dr. Walter Reichholf, Rechtsanwalt,
Universitätsstraße 6/2, 1090 Wien

BEKLAGTE PARTEI:

Insolvenzverwaltungsges.m.b.H.
als MV im Konkurs AvW Gruppe AG
Kardinalschütt 7, 9020 Klagenfurt am Wörthersee

vertreten durch:

RECHTSANWALT
Dr. Gerhard BRANDL
Kardinalschütt 7, Tel. 55 5 77
9020 Klagenfurt
Konto: BACA0981-39959/00

wegen:

€ 30.137,53 s.A.

ORDENTLICHE REVISION

zweifach

Vollmacht gemäß § 30 (2) ZPO erteilt

In der umseits bezeichneten Rechtssache erhebt die beklagte Partei durch ihren ausgewiesenen Vertreter Dr. Gerhard Brandl, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt am Wörthersee gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz vom 15.11.2012, GZ: 2 R 176/12p, welches dem Beklagtenvertreter am 23.11.2012 zugestellt wurde, binnen offener Frist nachstehende

ORDENTLICHE REVISION

an den Obersten Gerichtshof und führt aus wie folgt:

Das obgenannte Urteil wird in seinem gesamten Umfang aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung angefochten.

I. Zur Zulässigkeit der Revision:

Das Berufungsgericht hat die ordentliche Revision zutreffend mit der Begründung für zulässig erklärt, dass eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur allfälligen Nachrangigkeit von Schadenersatzansprüchen eines geschädigten Genussrechtsinhabers gegenüber Drittgläubigern im Insolvenzverfahren fehlt und sohin eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO gegeben ist.

II. Zum geltend gemachten Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung:

Ausgehend von den erstgerichtlichen Feststellungen muss jene Rechtsansicht als verfehlt angesehen werden, welche der angefochtenen Entscheidung zugrunde gelegt wurde. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes wäre der Berufung Folge zu geben und das Klagebegehren abzuweisen gewesen.

a) Zum Vorrang der Kapitalerhaltungsvorschriften:

Wie das Oberlandesgericht Graz zutreffend ausführt, sind Genussrechte im Gesetz weder definiert noch wird darin deren nähere rechtliche Gestaltung geregelt. Aufgrund

dessen besteht jedoch für die konkrete Ausgestaltung von Genussrechten ein weiter Spielraum und ist auch die Frage der gesellschaftsrechtlichen Einordnung von Genussrechten untrennbar mit deren konkreter Ausgestaltung verbunden (*Frotz/Spitznagel* Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011,32, 103).

Gerade deshalb können die hier zitierten Entscheidungen des OGH, nämlich OGH 30.3.2011, 7Ob 77/10i und 15.3.2012, 6 Ob 28/12d nicht unmittelbar auf gegenständliche Genussscheine angewendet werden.

Vielmehr ist an dieser Stelle noch einmal darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung 7Ob 77/10i von der Lehre heftig kritisiert wird und somit keineswegs als Grundsatzentscheidung für die, in diesem Verfahren zu lösenden Rechtsfragen zwingend heranzuziehen ist. Vor allem angesichts der offenkundigen Defizite der Entscheidungsbegründung, insbesondere auch der Außerachtlassung aktueller Literatur und der darin vorgebrachten Argumente ist die Entscheidung 7Ob 77/10i äußerst kritisch zu betrachten (*Karollus Neues* zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 450ff).

Der Auffassung der beklagten Partei, wonach im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft das Gesellschaftskapital nicht durch Schadenersatzansprüche einzelner Anleger ausgezehrt werden soll, wäre vom Berufungsgericht aufzugreifen und auf den verfahrensgegenständlichen Fall anzuwenden gewesen. Siehe dazu unter anderem die Rechtsansicht von *Karollus Neues* zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 452ff.

Zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/ 10i ist:

„Die kapitalmarktrechtlichen Normen, deren Anwendbarkeit hier in Frage steht, schützen also die ausdrücklich so bezeichneten (potentiellen) Anleger durch Normierung von ihnen gegenüber einzuhaltenden Verhaltenspflichten und behandeln den Aktionär somit wie einen Drittgläubiger.“

Diese zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/10i ist nach Ansicht der beklagten Partei aus folgenden Überlegungen falsch:

Wie *Karollus* in seinem Beitrag Neues zur Prospekthaftung ÖBA 2011, 453f zu Recht ausgeführt hat, handelt es sich bei der angeblichen Drittgläubigerstellung um eine bloße Behauptung, die in der Entscheidung 7Ob 77/10i nicht näher begründet wurde. Weiters kritisiert *Karollus* an dieser Entscheidung, dass damit von einer langjährigen Rechtstradition im Gesellschaftsrecht abgewichen wurde, und zwar von einer Rechts-tradition, die genau derartige Folgen verhindern wollte. Als Argument hierfür sei auf *Karollus* Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapital-erhaltung in der AG ZFR 2010, 52ff verwiesen. In diesem Aufsatz legt *Karollus* dar, dass sich die durch das Kapitalmarktrecht geregelte Rechtsbeziehung auf den Erwerb und das Halten von Aktien, also auf die Mitgliedschaft und nicht auf eine reine Dritt-gläubigerstellung bezieht. Ebenso lässt sich ein Wille des Gesetzgebers, dem Aktionär durch den § 11 KMG gegen gesellschaftsrechtliche Grundprinzipien immun gestellte Ansprüche zu verschaffen, nicht erkennen (*Karollus* Nochmals: Haftung für fehler-hafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung in der AG ZFR 2010, 52).

Selbst *Rüffler* (Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – eine schwierige Beziehung ÖBA 2011, 699) definiert das Kapitalmarktrecht wie folgt: „*Das Kapitalmarktrecht ist also „Marktrecht“. Sein Ziel ist nicht der Schutz von Individuen, sondern im volkswirtschaftlichen Interesse einen möglichst effizient funktionierenden Markt zu gewährleisten, in dem zu den geringstmöglichen volkswirtschaftlichen Kosten Unternehmen mit Kapital versorgt werden.*“

Bei richtiger Rechtsauffassung hätte das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass Genussscheininhabern keine Drittgläubigerstellung zukommt. Die Schadenersatzansprüche der Genussscheininhaber sind daher gegenüber den Ansprüchen der sonstigen Gesellschaftsgläubiger nachrangig.

Unabhängig davon, dass die zentrale Aussage der Entscheidung 7Ob 77/10i mit einer langjährigen Rechtstradition bricht und im Widerspruch zu gewichtigen Lehrmeinungen steht (was sowohl vom Erstgericht als auch vom Berufungsgericht unbeachtet blieb), wurde in der angefochtenen Entscheidung verabsäumt, jene Argumente zu würdigen die dafür sprechen, dass den Grundsätzen der Kapitalerhaltung Vorrang gegenüber kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüchen zukommt.

Dabei handelt es sich im Wesentlichen um folgende Argumente:

➤ Zum Verbot der Einlagenrückgewähr gemäß § 52 AktG:

Ausgehend von der Entscheidung 7Ob 77/10i vertritt der OGH den Standpunkt, dass unter anderem § 11 KMG ein Recht schafft, welches Gläubigerrechten näher stünde als Aktionärsrechten; Weiters würde das Verbandsmitglied im Gesellschaftsrecht als Risikoträger angesehen, dessen Interessen hinter jenen der Drittgläubiger nachrangig seien. Die von schadenersatzberechtigten Gläubigern erhobenen Prospekthaftungsansprüche und deren Befriedigung würden daher gar keinen Tatbestand der Einlagenrückgewähr nach § 52 AktG darstellen, weil sie nicht *causa societatis* erfolgen würden.

Dem hält die beklagte Partei unter Hinweis auf *Gruber* (Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73ff) entgegen, dass das KMG Informationspflichten im vorvertraglichen Stadium zwischen Emittenten und künftigen Vertragspartnern regelt. Diese Informationspflichten können aber nur zwischen künftigen Vertragspartnern bestehen. Das KMG schützt also den Anleger als künftigen Vertragspartner bzw. den künftigen Aktionär als Risikoträger. Solche vorvertraglichen Pflichten können die Aktiengesellschaften jedoch nur gegenüber ihren künftigen Aktionären treffen, nicht aber gegenüber sonstigen Drittgläubigern. Daher kann auch die Sanktion für die Verletzung dieser Aufklärungspflicht nicht dergestalt sein, dass Aktionäre plötzlich wie Drittgläubiger behandelt werden.

Denn einem Drittgläubiger kann ein solches Recht keinesfalls zustehen. Der Anspruch des Anlegers folgt unmittelbar aus der fehlerhaft begründeten Mitgliedschaft und handelt es sich somit um einen Anspruch *causa societatis*, der unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fällt.

➤ Zur Lehre vom fehlerhaften Verband (Beitritt):

Soweit in der Entscheidung 7Ob 77/10i unter Berufung auf Rüffler damit argumentiert wird, dass die „Lehre vom fehlerhaften Verband (Beitritt)“ der Geltendmachung von kapitalmarktrechtlichen Schadenersatzansprüchen nicht entgegenstehe, hält die Berufungswerberin diesem Standpunkt die Rechtsmeinung von *Gruber* Prospekthaftung der AG versus Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 73ff entgegen. Laut *Gruber* gehört die Lehre vom fehlerhaften Verband für den OGH und den BGH immerhin zum „gesicherten Bestand des Gesellschaftsrechts“. Ein Schadenersatzanspruch aus Prospekthaftung führt zwar zu einer Rückabwicklung *ex nunc*, kollidiert aber insofern mit der Lehre vom fehlerhaften Verband weil der Aktiengesellschaft nachträglich Vermögen zugunsten eines Aktionärs entzogen wird. Da (wie vorstehend dargelegt) der Anspruch des Anlegers gerade in der fehlerhaften Begründung der Mitgliedschaft entstanden ist, wird insofern ein Widerspruch erzeugt, wenn man vermeint, die Lehre vom fehlerhaften Verband sei nicht anwendbar weil das KMG die Anleger wie einen Drittgläubiger behandeln würde.

In Punkt II.1.1 der Entscheidung 7Ob 77/10i wird ausdrücklich festgehalten, dass die Berechtigung des Begehrens auf Schadenersatz wegen Verletzung der Prospektspflicht (§ 11 KMG) oder sekundärmarktrechtlicher Informationspflichten (zB § 48d BörseG) grundsätzlich davon abhängen würde, ob diesem Begehren aktienrechtliche Bestimmungen wie beispielsweise § 52 (Verbot der Einlagenrückgewähr), § 65 (Verbot des Erwerbs eigener Aktien) und § 47a AktG (Gebot der Gleichbehandlung aller Aktionäre) entgegenstünden.

Aus von der beklagten Partei vorstehend aufgezeigten Argumenten ist jedenfalls zu bejahen, dass diesem Begehren auf Schadenersatz die aktienrechtlichen Bestimmungen entgegenstehen und hätte daher das Berufungsgericht zum Ergebnis kommen müssen, dass den Kapitalerhaltungsvorschriften Vorrang vor den Schadenersatzansprüchen der Anleger zukommt.

b) Genussrechte als (a)typische stille Gesellschaft und in weiterer Folge Mitunternehmerschaft:

Unter einer stillen Gesellschaft ist die Beteiligung an einem fremden Unternehmen durch Leistung einer Vermögenseinlage, die in das Vermögen des Unternehmers übergeht, zu verstehen. Genussrechte und stille Gesellschaft weisen zahlreiche Parallelen auf und können Genussrechtsverhältnisse auch stille Gesellschaften sein. Dies ergibt sich schon aus der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Parteien (*Krejci/van Husen* Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaft und partiarische Darlehen, GES 2011, 60).

Stille Gesellschaft und Genussrechte entsprechen einander nicht nur in der Einräumung von Vermögensrechten, sondern wird diese gesellschaftliche Verbindung auch zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes, nämlich einer gemeinsamen Gewinnerzielungsabsicht begründet (*Frotz/Spitznagel* Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011,32, 103). Entscheidendes Abgrenzungskriterium für das Vorliegen einer hinreichenden Zweckgemeinschaft und sohin einer stillen Gesellschaft ist laut *Lindinger, Karrolus* und *Krejci* die vereinbarte Verlustteilnahme (*Frotz/Spitznagel* Gesellschaftsrechtliche Grenzen der Ausgestaltung von Genussrechten, ZUS 2011,32, 103).

In verfehlter Rechtsauffassung hält diesbezüglich das Berufungsgericht auf den Seiten 10 und 11 des angefochtenen Urteils fest, dass nach dem Inhalt der Genussscheinbedingungen der Klägerin keine Beteiligung an der Gesellschaft als juristische Person zukäme, sondern wäre sie lediglich an Teilen deren Vermögens

beteiligt und daher sei eine Mitunternehmerschaft zu verneinen.

Diese Auffassung widerspricht der bisherigen Rechtsprechung des OGH, wonach für die atypische stille Gesellschaft nach Lehre (Straube HGB2, Rz 22 zu § 178 mwN) und Rechtsprechung (8 Ob 12/93), die Beteiligung des stillen Gesellschafters am "Gesellschaftsvermögen" und/oder an der Geschäftsführung entscheidend ist (OGH 28.09.1995 8Ob4.5/95). Bei gegebener Beteiligung am "Gesellschaftsvermögen" ist eine zusätzliche Beteiligung an der Geschäftsführung nicht maßgeblich. Die Stellung eines atypischen stillen Gesellschafters stellt eine "stille Mitunternehmerschaft" dar. Dem entspricht auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (23.2.1994, 23/15/0163), maßgeblich sei die durch das Unternehmerrisiko vermittelte Stellung als Mitunternehmer; hingegen sei eine Mitunternehmerinitiative nicht erforderlich. Das Unternehmerrisiko wird regelmäßig indiziert durch die Beteiligung am laufenden Erfolg und an den Vermögenswertsteigerungen (stille Reserven, Firmenwert). Wird dem stillen Gesellschafter aufgrund des Gesellschaftsvertrages auch eine Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert eingeräumt (atypische oder unechte stille Gesellschaft), so liegt eine Mitunternehmerschaft vor.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte das Berufungsgericht anhand der vertraglichen Ausgestaltung der Genussrechte zu dem Ergebnis kommen müssen, dass diese den Genussscheininhabern eine Rechtsposition verleiht, die als Mitunternehmerschaft zu qualifizieren ist und ein Konkursteilnahmeanspruch nicht besteht.

Denn bei den verfahrensgegenständlichen Genussscheinen liegt nicht nur das Merkmal der Beteiligung am Gewinn (§ 4 Genussscheinbedingungen, siehe Feststellung Seite 7 des Urteils) sowie am Liquidationserlös (§ 7 Genussscheinbedingungen) vor, sondern ist die im § 4 Genussscheinbedingungen geregelte allgemeine Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft auch als vereinbarte Verlustteilnahme anzusehen (Gutachten *Graf/Rüffler* S 2ff). Daraus ergibt sich, dass das Rechtsverhältnis zwischen den Genussscheininhabern und der beklagten Partei als atypische stille

Gesellschaft zu qualifizieren ist und ein Konkursteilnahmeanspruch zur Gänze abzulehnen ist.

c) Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter:

In Anlehnung an *Karollus* ist die beklagte Partei der Ansicht, dass die vorstehend angeführte Rechtsprechung des OGH, wonach atypisch stillen Gesellschaftern im Konkurs des Geschäftsherrn kein Konkursteilnahmeanspruch zukommt, vom EKEG grundsätzlich unberührt bleibt. Dies weil die Begründung dieser Judikatur schon bisher nicht im Eigenkapitalersatzrecht lag sondern in einer Qualifikation der Einlage als Eigenkapital entsprechend der getroffenen vertraglichen Abreden.

Wie der OGH bereits zutreffend in der Entscheidung 8 Ob 4,5/95 ausführte, ist sowohl nach gesellschaftsrechtlichen als auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, ob die Beteiligung als Eigenkapital zu qualifizieren ist.

Eine Anwendbarkeit des EKEG auf die verfahrensgegenständlichen Genussrechte ist keinesfalls tatbestandsmäßig und sind folglich auch die Ausführungen auf Seite 11 des angefochtenen Urteils im Hinblick auf das EKEG des Oberlandesgerichts Graz verfehlt und gehen gänzlich an der anzuwendenden Rechtslage vorbei.

Entsprechend der getroffenen vertraglichen Abreden - wie vorstehend bereits dargelegt - sind verfahrensgegenständliche Genussrechte nach Auffassung der beklagten Partei als Eigenkapital zu qualifizieren.

Im Besonderen sind die verfahrensgegenständlichen Genussrechte als aktienähnliche Genussrechte zu qualifizieren, welche dadurch gekennzeichnet sind, dass sie eine Beteiligung sowohl am laufenden Gewinn als auch am Liquidationserlös gewähren. Eine derartige Ausgestaltung legt es nahe, dass für die Genussrechte in die Gesellschaft einbezahlte Kapital als **materielles Eigenkapital** zu qualifizieren (*Schragl/Stefaner Handbuch Genussrechte 2010, 22*).

Laut herrschender Rechtsprechung des VwGH ist für den Ausweis einer schuldrechtlich begründeten Kapitalüberlassung als bilanzielles Eigenkapital maßgeblich, dass die Summe der Eigenkapitalkriterien die des Fremdkapitals in Qualität und Quantität überwiegt (VwGH 92/16/0025; 98/14/0131; 2005/14/0018).

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Genussrechte überwiegt die Summe der Eigenkapitalkriterien aufgrund:

- der Gewinnabhängigkeit der Vergütung,
- der Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationserlös,
- der vereinbarten Verlustteilnahme sowie
- des Fehlens einer Besicherung.

Sohin liegt auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten Eigenkapital vor und kann der Eigenkapitalcharakter der verfahrensgegenständlichen Genussrechte auch unter Berufung auf die Entscheidung 1Ob 105/10p nicht wegargumentiert werden. Zwar hat der OGH den Genussscheininhabern im Rahmen dieser Entscheidung ein außerordentliches sowie ein ordentliches Kündigungsrecht zuerkannt, dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass auch die stille Gesellschaft kündbar ist, ohne dass sich dadurch etwas an der Qualifikation der Einlagen als konkursrechtliches Eigenkapital ändern würde. Die konkursrechtliche Eigenkapitalqualifikation resultiert nämlich nicht aus einem Ausschluss der Kündigungsmöglichkeit, sondern aus der impliziten Nachrangigkeitsabrede, die sich aus der Beteiligung an den stillen Reserven und am Firmenwert ergibt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass verfahrensgegenständliche Genussrechte sowohl nach gesellschaftsrechtlichen als auch nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten im Sinne einer langen Rechtstradition des OGH als Eigenkapital zu qualifizieren sind und sohin die Schadenersatzansprüche geschädigter Anleger in der Insolvenz der Gesellschaft den Ansprüchen der Fremdkapitalgeber nachrangig sind.

Diesbezüglich ist auch auf die vom OGH in der Entscheidung 6 Ob 28/12d zitierte

Literatur sowie insbesondere das US-amerikanische Kapitalmarktrecht hinzuweisen, welche Schadenersatzansprüche geschädigter Aktienwerber bzw. -verkäufer in der Insolvenz der Gesellschaft den vorrangigen Ansprüchen der Fremdkapitalgeber nachordnet.

III. Revisionsantrag:

Die beklagte Partei stellt sohin nachstehenden


REVISIONSANTRAG:

Der Oberste Gerichtshof als Revisionsgericht wolle der ordentlichen Revision Folge geben und

1. das angefochtene Urteil dahingehenden abändern und erkennen, dass das Klagebegehren vollinhaltlich abgewiesen werde,

sowie

2. der Gegenseite den Ersatz der Kosten des Verfahrens aller Instanzen an die beklagte Partei gemäß § 19 a RAO zu Handen des Beklagtenvertreters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

Mag.MaS./Dr.Br./tu
Klagenfurt, am 2012-12-17


Insolvenzverwaltungsges.m.b.H.
als MV im Konkurs AvW Gruppe AG